

Izvorni znanstveni članak

340.131(4)“200”

Primljeno: 14. prosinca 2001.

Sastavnice europske pravnodržavne kulture na početku 21. stoljeća

ERHARD DENNINGER*

Sažetak

Autor razmatra koncept *rule of law* na osnovi funkcionalno logičnog, a ne povijesnog promatranja. To znači da polazi od hipoteze da postoji funkcionalna logika upravljanja socijalnim ponašanjem i socijalnim razvojem s pomoću pravnih normi koja, uz neke uvjete, stvara određene institucije. U tom je smislu, priznavanje članova nekog društva kao slobodnih i jednakih temeljna pretpostavka. To, naime, znači da su državna tijela ovlaštena za suvereno djelovanje, ali istovremeno i razvlaštena. Kako bi ovo bilo moguće, sadržajne kvalitete zakona moraju se vrednovati kriterijima racionalnosti i normativnosti. U drugom dijelu teksta izvode se institucionalni uvjeti *rule of law*. To su: dioba vlasti, pravno vezivanje svih državnih vlasti i neovisnost pravosuđa. U ove funkcionalne elemente treba uključiti i jamstva temeljnih prava.

Autor drži da će našu buduću situaciju obilježiti socijalna pluralizacija, potreba za sigurnošću i globalizacija pri istodobnoj individualizaciji. Ovi će procesi zasigurno djelovati i na institucije pravne države.

Ključne riječi: funkcionalna logika, legitimnost, normativnost, pravna država, racionalnost, vladavina prava, zakon

Otvaranje Europske unije za istočnoeuropske države jest dugotrajan proces koji držim apsolutno nužnim i koji na objema stranama zahtijeva ispunjavanje određenih pretpostavki. Jedna od najvažnijih pretpostavki nije samo verbalno priznavanje načela *pravne države* ili *rule of law* ili, također, *law-state*, kao što se počinje govoriti u anglosaksonskome području (MacCormick, 1999.: 9).

Ali što znači to načelo? Naša promišljanja pokušavaju, bez dogmatskoga vezanja za određeni pravni poredak, razjasniti bitne funkcije i pojam “*pravne države*”, odnosno “*rule of law*” i, time, pridonijeti razvoju jedne jezgre “općeeuropskoga ustavnog prava” koje se ocrtava (Häberle, 1994.: 33 i d.).

* *Erhard Denninger*, redovni profesor pravnih znanosti na Odsjeku pravnih znanosti Sveučilišta J. W. Goethea u Frankfurtu na Majni.

Nalaz

Na svim razinama susrećemo *rule of law*: Preambula Opće deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine utvrđuje “that human rights should be protected by the rule of law”. Na to se pozivaju države-članice Vijeća Europe (dakle i Hrvatska) u “Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda” od 4. studenoga 1950. godine kad svoj “common heritage of political traditions, ideals, freedom and the *rule of law*” naglašavaju kao temelj svoje odluke “to take the first steps for the collective enforcement of certain of the Rights stated in the Universal Declaration”.¹

Temeljima *Europske unije*, toga užeg saveza (zasada) petnaest europskih država, pripada, pored načela slobode, demokracije, poštovanja ljudskih prava i temeljnih sloboda, također “pravna državnost” kao jedno od načela koja su zajednička svim državama-članicama (Čl. 6 Ugovora o osnivanju Europske unije od 2. listopada 1997.). A u članku 2 toga ugovora određuje se “održavanje i dalji razvoj Unije kao prostora slobode, sigurnosti i prava” kao jedan od ciljeva Zajednice. Završni zaključci Predsjedništva Europskoga vijeća u Tampereu od 15. i 16. listopada 1999. godine navode pravnu državnost, uz ljudska prava i demokratske institucije, jednim od ugaonika širenja Unije. Podnose se prijedlozi za razvoj “*pravoga europskoga pravnog prostora*”.

Za vrijeme zasjedanja Europskoga vijeća u Nizzi, u prosincu 2000. godine, svečano proglašena “*Povelja temeljnih prava Europske unije*” preuzima te misli u preambuli nacrtu govoreći da Unija počiva “na načelu demokracije i pravne državnosti”, čime se, također, izražava unutarnja povezanost obaju tih elemenata.

Ista se misao nalazi već u Pariškoj povelji za novu Europu od 21. studenoga 1990. godine u kojoj šefovi država OEES-a (Organizacija za europsku sigurnost i suradnju), utvrđuju: “Demokracija počiva na poštivanju ljudske osobe i pravne državnosti”. I dalje: “Demokracija ... zahtijeva odgovornost prema biračima, vezanost državne vlasti pravom te nepristrano pravosuđe. Nitko nije iznad zakona”. Članice OEES-a nisu samo zapadnoeuropske i istočnoeuropske države, nego i Sjedinjene Američke Države i Kanada. *Last but not least* Ustav Republike Hrvatske od 22. prosinca 1990. naziva “vladavinu prava” jednom od “najviših vrednota” ustavnog poretka Republike Hrvatske (čl. 3).

“Rule of law” i “pravna država”

Pri ovome “općeeuropskome” promatranju *rule of law* ne mogu se iz vida ispustiti značenjske razlike između anglosaksonskoga *rule of law* i kontinentalnoeuropskoga, posebice u Njemačkoj razvijenoga, *načela pravne države*. Mogao bih si posve olakšati posao i jednostavno preuzeti tezu Neila McCormicka, koji je već 1984. obrazložio zašto ne vidi bitnu razliku između britansko-američkoga i njemačkoga pojma (Rechtsstaat

¹ Preambula Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. U francuskome tekstu, koji je službeni kao i engleski, stoji “*prééminence du droit*”, u njemačkim prijevodima nalazi se “pravna državnost”, ali i “prevlast zakona” (Frowein/Peukert, 1996., tamo se, također na stranici 16, izvodi o pravnome značenju preambule).

= “law state”) (MacCormick, 1984.: 65; 1999.: 9).² Ipak je primjerenije napomenuti da su od triju značenja, koja već klasik britanskoga ustavnog prava, A. V. Dicey, 1908. godine pripisuje pojmu *rule of law*, svakako dva nosiva elementa, također, pojma pravne države, naime: (1) zakonom osigurana sloboda pojedinca, isključenje vladavinske samovolje, također sudskom pravnom zaštitom, te (2) jednaka podređenost zakonima svakoga, *legal equality*, također u smislu isključenja povlastica. Naša tema, moderna problematika općeeuropskoga *rule of law*, kao središte ima taj dvostruki status pojedinca *slobode i jednakosti* (Dicey, 1945.: 183 i d., 193 i d.). Treće obilježje koje je Dicey istaknuo odnosi se na britansku parlamentarnu suverenost, misao *supremacy of the law of the land*, nedostajanje – iz kontinentalnoga vidokruga – prioriteta ustavnoga zakona pred “jednostavnim zakonom” i razvoj individualnih sloboda više judikaturom nego apstraktnom dedukcijom iz tekstova. Ovdje postoje signifikantne razlike naspram pravnih poredaka koji poznaju jako razvijeno ustavno sudstvo (npr. Njemačka, Španjolska), ali oni ipak ne sprječavaju stvaranje zasvođenoga europskog pojma *rule of law* ili *law-state*.

Funkcionalnogičko, nepovijesno promatranje

Ovaj pokušaj opisa “bitnih”, to znači funkcionalno potrebnih elemenata “pronalska” *rule of law* usmjeren je, dakle, na ovladavanje sadašnjim i doglednim budućim problemima. On je, time, svjesno “nepovijestan”, što me oslobađa zadatka da u Aristotelu ili engleskoj *Magna Carta Libertatum* iz 1215. godine (Voigt, 1995.: 80 i d.; Zippelius, 1999.: 324 i d.) počnem tražiti početke modernoga kataloga temeljnih prava (Jellinek, 1927.) ili zamršene staze razvoja pojma pravne države u konstitucionalizmu 19. stoljeća (Böckenförde, 1991.: 143 i d.). Polazim, naime, od hipoteze da postoji *funkcionalna logika* upravljanja socijalnim ponašanjem i socijalnim razvojem s pomoću pravnih normi, koja, ako se priznaju određene temeljne pretpostavke, stanovitom nužnošću, dakako u kulturnospecifičnome i o vremenu neovisnome obliku, zahtijeva i, također, stvara određene institucije.

Temeljna je pretpostavka *priznavanje članova nekoga društva kao slobodnih i jednakih*. To se može i ovako izraziti: Državna vladavina ne smije nikada biti samo-svrhom niti pretendirati da čovjeka zahvati u njegovoj životnoj totalnosti, u njegovim očitovanjima i socijalnim odnosima. Državna vladavina može biti, ovisno o definiranim zadaćama javnoga dobra, intenzivnija ili u druga vremena manje intenzivna, ipak mora u svim okolnostima poštovati stanovite *granice zahvata* u slobodu građana. Granični je slučaj uporaba fizičke sile, zbog čega ona mora biti brižljivo normativno ogradena.

Prema prednacrtu iz 1948. godine njemačkoga Temeljnog zakona³ trebao je zapadnonjemački ustav početi rečenicom: “Država postoji zbog čovjeka, a ne čovjek zbog države”. A osnovna misao da mora postojati *apsolutna ograda za zahvat državne*

² MacCormick preuzima Frändenbergov prijedlog da se “law-state” prevede s “pravna država”. Rado ga slijedim.

³ Takozvani *Herrenchiemsee-Entwurf* nazvan je prema “Ustavnome konventu” koji je zasjedao na Herreninsel/Chiemsee i koji je imao nalog izraditi nacrt ustava.

vladavine neizravno se potkrepljuje reguliranjem izvanrednoga stanja (čl. 15) Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. U ratno vrijeme ili u drugim javnim izvanrednim stanjima koja ugrožavaju život neke nacije mogu države ljudska prava i temeljne slobode svojih građana znatno ograničiti ili privremeno, čak, posve suspendirati, ali uz bitne iznimke: zabrana mučenja (čl. 3), ropstva ili kmetstva (čl. 4, st. 1) i zabrana *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (čl. 7) uvijek zahtijevaju poštovanje. S obzirom na aktualnu raspravu u Sjedinjenim Američkim Državama o dopustivosti mučenja uhićenih, vjerojatnih terorista, postoje svi razlozi da se uputi na ta načela ljudskih prava.

Prihvati li se ta temeljna premisa priznavanja omeđenosti državne vladavine, tada je razumljiva moja tvrdnja da je najsazetija, najusredotočenija i, ujedno, najsadržajnija “definicija” *rule of law* uspjela u jednoj rečenici (čl. 5, reč. 1) Švicarskoga saveznog ustava od 18. travnja 1999. godine: “Temelj i ograda državnoga djelovanja jest pravo”. Dopustite da to objasnim.

“Pravo”, a to znači u razvijenome industrijskom i postindustrijskom društvu najpretežnije: zakonsko, “pozitivirano”, time i promjenjivo pravo, dakle “zakon”, ispunjava dvostruku zadaću: ono *ovlašćuje* državna tijela za suvereno djelovanje i, ujedno, ih *razvlašćuje*. Ovlašt čini, sa svoje strane, različito: ona *definira* i *legitimira* državno djelovanje.

Zakon kao središnji legitimacijski instrument

Legitimaciju državnoga djelovanja valja promatrati s dva različita gledišta, s gledišta *javnosti* i *priznavanja* (1): zapovjedno ili zabranjujuće djelovanje određenih ljudi naspram drugih ljudi, ili također, djelovanje koje se neposredno samo izvršava mora se, uopće, obilježiti i učiniti vidljivim kao suvereno, kao “državno” djelovanje. Državno djelovanje stoga zahtijeva, načelno, objavljivanje i javnost, a u prenesenome smislu odnosa prema općosti ono stvara prostor javnoga. To je već Kant izrazio kao “transcendentalnu formulu javnoga prava”: “Sva djelovanja koja se odnose na pravo drugih ljudi nepravedna su ako se njihova maksima ne slaže s javnošću” (Kant, 1964.) Pozitivnome pravu nužna je javnost; zakon koji nije objavljen u tehničkome smislu prema propisima nije zakon. S toga gledišta javnosti suverenih djelovanja valja također, prosuđivati uniformiranje i značenje, dakako, često u prvome redu koje se inače rukovodi idejom simboličkoga prikazivanja moći. Pravna legitimacija državnoga djelovanja u duhu obilježivanja može se pojaviti u raznolikim oblicima, od pokazivanja službene iskaznice do priopćivanja službenoga broja; razvoj tehnike za masovna ratna razaranja zamijenio je raskošno šarenilo zastavama okićenih bojnih redova 17., 18., i, još, 19. stoljeća jednoličnom sivozelenom bojom maskirnih odijela.

(2) Legitimacija pravom znači, također, a to upućuje na problematiku demokracije, opravdanje državnoga djelovanja, postizanje dostatne mjere poopćenoga priznavanja od strane adresata normi i pogođenih normama (Lüderssen, 1996.).

Budući da nije uspjelo ojačati pravednost, misli Blaise Pascal, barem se opravdavala moć (Pascal, 1950.: 238). Moraju srasti *justice* i *force* kako bi mogao nastati *mir*, koji

predstavlja najviše dobro.⁴ Ta se legitimacija može u pojedinačnome slučaju promašiti kad voditelji tijela prekorače svoje pravne granice. Ipak je pravna država obilježena upravo time da dopušta mogućnost *državne nepravde*, da računa s tom mogućnošću i stavlja na raspolaganje instrumente otklanjanja (Schneider, 1970.: 207 i d). Legitimacija znači da se svako državno djelovanje može kodirati binarno prema zakonito/protuzakonito, da, dakle, pravo konstituira “državnost” tako da predodžba o “državi” prije svakoga prava i s onu stranu svakoga prava ne čini smislen pojam.⁵

Zakon kao središnji instrument očitovanja demokratske volje

Ovlaštenje državnoga djelovanja zakonom ima, drugo, i zadaću *definiranja i determinacije*. To jasno izražavaju moderni zakoni počinjući definicijom cilja, zatim reguliraju zadaće za postizanje cilja i, od toga odvojeno, pojedina ovlaštenja voditelja tijela, a time također, moguća ograničenja slobode i, na posljepku, stvarnu i mjesnu raspodjelu nadležnosti. *Ovlaštenje* i “*razvlaštenje*”, ovo posljednje znači ograničavanje i kanaliziranje uporabe državne moći, idu pod ruku: dok voditelj tijela mora znati što i u koju svrhu treba i ima činiti, građanin je zainteresiran saznati, također što točnije i pravodobnije, s kojim opterećenjima (npr. plaćanjima poreza) ili, također, državnim učincima mora ili smije računati. Dok građanin treba biti u stanju urediti svoje ponašanje, svoje prakticiranje slobode u granicama zakona što pouzdanije i, time, na vlastitu odgovornost, zakon služi državnim tijelima kao pokretač za ozbiljenje volje “naroda” za demokratskim odlučivanjem. U *zakonu* su nerazdvojivo povezani demokratsko načelo i načelo pravne države (Frankenberg, 2001.: 1-3). Vladavina pravne države znači, dakle, “vladavinu zakona”, kao što je zahtijevana već u ustavu iz Massachusettsa 1780. godine (čl. XXX.): “to end it may be a government of laws, and not of men”.

Okvirni institucijski uvjeti “government of laws”

Kako bi zakon, međutim, ispunio svoje funkcije da bude, s jedne strane, posrednik političke volje većine i, time, (propitljiv) izraz javnoga dobra, a, s druge strane, jamstvo građanske slobode, mora postojati niz dodatnih pretpostavki. One se odnose i na sadržajne kvalitete samoga zakona i na institucijske okvirne uvjete. Tek svojim zajedničkim djelovanjem one daju potpun pojam *rule of law*. Sadržajne kvalitete pravnodržavnoga pojma zakona obuhvaćamo kriterijima *racionalnosti* i *normativnosti* (o tome dalje u tekstu); one odgovaraju, djelomice, elementima “inner morality of law”, koje je razvio Lon F. Fuller, kao što su npr. općost, javnost, jasnoća, sloboda protuslovlja, trajnost, upućenost na budućnost nekoga zakona (Fuller, 1969.). Ti se elementi u britanskoj literaturi predlažu kao bitni za *rule of law* (Allan, 1994.: 22 i d.; MacCormick, 1999.: 44 i

⁴ Kako teška može biti ova veza moći i pravednosti, pokazuje najnovija akcija suzbijanja terorizma *infinite justice*. Puka primjena (vojne) sile bila bi neodgovorna i opasna, puko pozivanje na pravo bilo bi bespomoćno i, time, također opasno.

⁵ Ovdje se nalazi pogodan pristup nauku Hansa Kelsena, koji, dakako, zapada u jednostranost.

d.). Pravnostруктурни i institucijski elementi uzajamno se uvjetuju i dopunjuju. Ovdje će biti, ponajprije, govora o *institucijskim* uvjetima.

Dioba i pravno vezanje državne vlasti

(a) Na prvome je mjestu načelo organizacijske i funkcionalne *diobe vlasti*, koja od Locke, Montesquieu i Kanta pripada modernoj općeeuropskoj ideji pravne države. Deklaracija o pravima čovjeka i građanina iz 1789./1791. godine naziva *séparation des pouvoirs* pored *garantie des droits* presudnim elementima ustava. Ali već ovdje valja imati na umu da je razdvajanje legislative i egzekutive kod funkcije uspostave prava samo još slabo izraženo, ne samo u ustavnim poredcima pojedinih država, nego, ponajprije, u Europskoj zajednici s jakom pozicijom Vijeća i slabom Europskog parlamenta (Hofmann, 1996.: 321 i d.). Nedavno je poduzet zanimljiv pokušaj da se pod naslovom “vladina uspostava prava” formulira nacrt novoga, realističnog modela podjele uloga i težišta između “egzekutive” i “legislative”, u kojemu se prva više ne pojavljuje samo kao “egzekutivna” tj. izvršna vlast, nego kao navlastito središte upravljanja s pomoću normiranja. “Vladavina zakona” sve se više mijenja u “vladavinu pomoću (pravne)” uredbe, a taj je razvoj Ugovor o osnivanju Europske zajednice u svojim definicijama oblika djelovanja (u čl. 249) i terminološki odavno označio pojmom “uredbe” (Bogdandy, 2000.).

(b) Drugi konstitutivni element moderne pravne države, koja je ne samo država omogućivanja i osiguravanja slobode, nego i država učinaka, jest *pravno vezivanje svih državnih vlasti*. Ako se dioba vlasti danas primjereno promatra ne samo s gledišta kontrole i zlorabe moći, nego i s gledišta *funkcionalne ispravnosti*, tada racionalna radnodiobna *suradnja* raznih “vlasti” i uprava pretpostavlja točno poštovanje materijalnih, organizacijskih i proceduralnih pravila za dotično polje zadaća. Ovo pravno vezivanje državnih tijela, čiji je bitan isječak *zakonitost uprave* s načelima pridržavanja i prioriteta zakona, utoliko je “samovezivanje” što posve bitno počiva na stalnoj pripravnosti svih službenika upravnih tijela za brižljivo poštovanje i provođenje pravnih normi. Ovoj “vjernosti zakonu” državnih djelatnika odgovara, u blažemu obliku, opća, prosječna *poslušnost zakonima* svih njegovih građana, bez koje bi složeni, za smetnje veoma osjetljiv organizacijski sklop jedva preživio tjedan dana. Stoga moderna slobodarska država živi, kao što je rečeno, od pretpostavki koje sama ne može jamčiti pravnim sredstvima (Böckenförde, 1978.: 37). Ovdje se može samo upozoriti na probleme koji iz ovoga proizlaze za pluralističku, multietničku ili multikulturalno jako izdiferenciranu zajednicu. Ipak podsjećamo na nedavnu presudu Saveznoga ustavnog suda o pravnome statusu vjerske zajednice “Jehovini svjedoci”.⁶ Dodjeljivanje korporacijskoga statusa (sa suverenim pravima) pretpostavlja, prema presudi, da religijska zajednica poštuje valjano pravo, posebice temeljna ustavna načela (čl. 79, st. 3 Temeljnoga zakona), temeljna prava trećih osoba i načela državnoga crkvenog prava (paritet i neutralnost, zabrana državne crkve). Veću “lojalnost” prema državi Temeljni zakon ne zahtijeva.

⁶ Presuda od 19.12.2000. godine, *BVerfGE* 102, 370 i d.

Pravno vezivanje državne vlasti znači poštovanje *hijerarhije normi*, dakle orijentiranje podzakonskih normi kao uredbnog ili statutarnog prava te, samorazumljivo, i svih upravnih propisa prema formalnim (parlamentarnim) zakonima (= “prioritet zakona”), ali i vezivanje zakonodavca proceduralnim i sadržajnim odlukama pisanoga ili nepisanoga *ustava*. Zbog nužne neodređenosti i česte nepotpunosti ustavnopravnih rješenja neizbježne su razlike u tumačenju i političkim kontroverzijama u pogledu ustavnosti pojedinih zakona. Ako se radi njihova provjeravanja angažira posebno nadzorno tijelo i, zacijelo, čak s jedinom kompetencijom da utvrđuje protuustavnost zakona i proglašuje ih ništavnim, dakle kao ustavni sud prema uzoru na SAD ili njemački, tada je unaprijed programiran trajni sukob, u boljem slučaju neprestani odnos napetosti između legislative i ustavnoga sudstva. Ako se tome priključi profesionalna sklonost ustavnih sudaca ka “judicial activism” te tendencija shvaćanja ustava s njegovim odredbama temeljnih prava i državnih ciljeva ne samo kao “poretka pravila igre” ili “okvirnoga poretka”, nego kao program načela koji obuhvaća većinu socijalnih veza, tada se razvija proces postupne “konstitucionalizacije pravnoga poretka” (Schuppert/Bumke, 2000.) koji ugrožava ne samo samosvojnost “jednostavnoga”, u demokratskome parlamentarnome procesu odlučenoga prava, nego sa sobom donosi i specifične opasnosti za *pravnu sigurnost* (Böckenförde, 1991.: 159 i d.; Denninger, 1990.: 51 i d., 143 i d.) Razumno uravnoteživanje teškoga odnosa između parlamentarno-demokratske zakonodavne suverenosti i ustavnosudske kontrole normi tema je i zadaća maksimalno razvijenoga, dotjeranoga razumijevanja “pravne države” i *rule of law*.

Neovisnost pravosuđa, zahtjev za individualnom pravnom zaštitom

(a) Jamstvo *pravne sigurnosti*, osim “uspostave” (“ponovne uspostave”) *pravednosti u pojedinačnome slučaju*, stalna je teška zadaća treće nezaobilazne ustanove za ozbiljenje “vladavine zakona”: *neovisno pravosuđe* s nepristranim, osobnim i stvarno neovisnim, “samo zakonu podređenim” sucima. Ovdje se mogu naznačiti samo neki problemi koji su povezani s tom zadaćom i koji dominiraju dnevnom praksom pravosuđa koje barem donekle dobro funkcionira: oni počinju s teškim mehanizmima izbora i unapređivanja sudaca, s ugrožavanjima osobne neovisnosti kroz utjecaje političkih stranaka na zapošljavanje poželjnih, rijetkih viših sudačkih mjesta. Oni se umnožuju u funkciji *judikature* i nepristrani, lojalni sudac, koji želi, svjestan obveze, svoju presudu “podrediti zakonu”, može to samo ako zakon razvija snagu vezivanja, ako ovaj može odrediti presudu suca jer je sam “određen”. Pravna sigurnost znači, tako viđeno, u prvome redu *sigurnu prepoznatljivost prava, pravnu izvjesnost* i, počivajući na na ovoj, onda, sigurno *provođenje prava*, to jest jamstvo *učinkovite* i *pravovremene* individualne pravne zaštite.⁷ S obzirom na misaono i jezično siromašan zakonodavni i uredbodavni aparat, koji neprestance proizvodi norme, radi s “dinamičkim upozoravanjima”, podižu se u rang

⁷ Da adekvatno tome, načelo zakonitosti uprave “ima na provođenje orijentirani smisleni sadržaj”, prikladno naglašuje Lübke-Wolff, G. (2000.: 17 i d., 229). Pravovremenost provođenja prava vrijedi, također, i za kazneni postupak. Devet godina čekanja do glavne rasprave, kao u predmetu Rostock-Lichtenhagen, teško je kršenje načela pravne države.

bitnih ustavnopravnih zapovijedi *jasnost i određenost normi*, po sebi pravnodržavne samorazumljivosti.⁸

(b) Pravnodržavne institucije nisu samosvrha niti nacrt “idealnoga” objektivnoga pravnog poretka. Naime, oni trebaju služiti općemu *služeći svakome pojedinom građaninu*. To pretpostavlja da se pojedinac pravno osposobi da u svome duhu pokreće instrumente pravnoga poretka, ili drukčije: on se mora oboružati procesualnim i materijalnim *subjektivnim pravima*. U tome je smislu nužna subjektivnopravna dopuna objektivnopravnoj instituciji neovisnoga pravosuđa *zahtjevom za individualno pravno jamstvo*. On se konkretizira u nizu odavno priznatih procesualnih “temeljnih prava”, od zahtjeva za “zakonskim sućem” i “pravim saslušanjem” preko “pretpostavke nevinosti” do zahtjeva za “korektnim postupkom” (usp. čl. 5 i 6 Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda). Pretendira li javna vlast, s pravom ili bez prava, na pravna dobra građanina, mora se jamčiti poravnanje. Zahtjevi za obeštećenje pri razvlašćivanjima ili povredama službene dužnosti pripadaju, time, funkcionalnoj logici i pozitivno-pravno normalnome standardu *rule of law*.

Jamstvo temeljnih prava

Skicirani pregled funkcionalno nužnih elemenata pojma “pravna država” treba, zaključno, odgovoriti na pitanje je li, također, jamstvo *temeljnih prava* nužan element “materijalno” shvaćenoga pojma pravne države. Na njega valja potvrdno odgovoriti zato što se, doduše, ne mogu svi pojedinačni oblici kataloga temeljnih prava izvesti iz *rule of law*, ali da se, ipak, mora zajamčiti jezgra temeljnih prava (ljudska prava), bez koje se ne može zamisliti pravnodržavna vladavina. Ako ova, kao što je izneseno, pretpostavlja priznavanje pojedinaca podvrgnutih pravu kao *slobodnih i jednakih*, tada su, barem, *postulat jednakosti i načelo razmjernosti* kao temeljno pravo i mjerilo ograničavanja temeljnih prava elementi *rule of law*. “Vladavina zakona” ima smisla samo ako su oni kojima se tako vlada načelno slobodni.

Ugrožavanja pravne države – danas

“Pravna država”, kao što se formirala u europskoj pravnoj tradiciji, jest, to bi trebalo biti jasno, pretpostavkama veoma bremenito, senzibilno “umjetničko djelo” ljudske mašte socijalnoga oblikovanja (Naucke, 2000.). Sada ćemo se upitati o *izgledima*, ali i o *ugroženostima* s kojima se susreće “vladavina zakona” na pragu 21. stoljeća.

Pritom polazimo od uznemirujuće, paradoksalne tvrdnje, koja je uvjerljivo izražena već prije deset godina u naslovu knjige “*Što više državnih zadaća – to manje upravljačke sposobnosti prava*” (Grimm, 1990.: 291 i d.; Grimm, 1994.). Unatoč svim preuranjenim “smrtopticama” u šarolikoj “oproštajnoj literaturi” (Denninger, 2000.: 1121 i d.) postojat će i morat će postojati i u budućnosti “država” ili bolje rečeno: “vrhovna vlast”, mada će ova u Europi, u “višerazinskome sustavu” nadnacionalnih, nacionalnih,

⁸ Usp. BVerfGE 65, 1, 43 i d.

regionalnih i lokalnih vlasti, poprimiti složeno isprepletenu strukturu. Zato je *rule of law*, vjerojatno, točniji izraz za našu temu nego “pravna država”.

I unatoč mnogim euforijama dereguliranja i privatiziranja nipošto se nisu smanjila, nego, štoviše, porasla *očekivanja* od “državno” ili, svakako, “suverenom vlašću” zajamčenoga pravnog sustava. A upravo očekivanja smanjuju “upravljačku sposobnost prava”, oslabljuju elaboriranu “vladavinu zakona”.

Ovdje u obliku skice predstavljam tri *glavne tendencije* koje vladaju sadašnjom situacijom i, najvjerojatnije, također obilježavati budućnost:

– “užitak u *raznolikosti*”, pravna razrada socijalne pluralizacije i diferencijacije, priznavanje socijalne razlike (npr. među spolovima) dotjeranim mjerilima “materijalne” socijalne pravde, “dinamičkim, prema mjestu i vremenu specifičnim razumijevanjem ‘jednakosti u različitosti’” (Gerhard, 1999.: 201 i d., 218.; MacKinnon, 1994.; Denninger, 1994.: 36 i d.).

– potreba za *sigurnošću*, pravno ovladavanje tehnološko-ekološkim, medicinskim, socijalnim i kriminalnim, također terorističkim rizicima pomoću transformacije “liberalne” pravne države koja jamči pravnu sigurnost u “socijalnu” *preventivnu državu* koja izravno cilja na sigurnost pravnih *dobara* (Denninger, 1988.: 1 i d.; Denninger, 1990.: 33 i d.).

– *globalizacija* pri istodobnoj *individualizaciji*, (Beck, 1994.: 466 i d.) u pravnome pogledu nastanak i prihvatanje novih, teritorijalnih granica labavijih, nedržavnih pravnih poredaka koji nadilaze teritorijalne granice uz istodobno dopuštenje lokalnih i regionalnih identifikacijskih obrazaca kroz *zaštitu manjina* i nove oblike *solidarnosti* (Bayertz, 1998.; Denninger, 1995.: 7 i d.; Volkmann, 1988.). Ovi se trendovi uzajamno prožimaju na različite načine; adekvatno tome složeni su njihovi utjecaji na institucije pravne države.

Legitimnost – racionalnost – normativnost kao normativni kriteriji

U zakonu smo navikli razlikovati pitanja njegove *legitimnosti*, (sadržajne) *racionalnosti* i *normativnosti*. Prvo se pitanje odnosi na nastanak norme i njezinu svodljivost na instanciju koja stvara legitimaciju, u demokraciji, dakle, na tijelo koje predstavlja demokratsku općost. Drugo je pitanje središnji predmet znanosti o zakonodavstvu (Noll, 1973.); ona obrađuje metode i tehnike svrhovito optimalnoga normiranja, uključujući svrstavanje određenih konkretizacijskih stupnjeva na određene (koordinirane ili subordinirane) političke razine odlučivanja. Jasno je da se to može događati jedino u ovisnosti o stanju ustavnoga prava. Treće se pitanje odnosi na socijalnu *snagu upravljanja* neke norme ili kompleksa normi. Za svaki od ova tri kriterija: legitimnost, racionalnost i normativnost valja pitati o učincima što ih opisane glavne tendencije imaju i što će ih imati na pravnodržavno normiranje. Pred nama je golema zadaća. Mogu naznačiti samo s nekoliko primjera koji pojedinačni problemi nastaju.

Kraj suverenosti nacionalne države nije kraj “government of laws”

(a) *Legitimacija*: Tendencija da se vodi računa o predodžbama socijalne pravednosti i priznavanja razlika na dotjeran, za skupine specifičan način, može se izraziti i u posebnim efektivnim i stimulacijskim zakonima kao i u prihvatanju *državnih ciljeva* i *klausula o zaštiti manjina* u tekstu ustava. Oboje *može* oslabiti reprezentativnost nekoga zakona u smislu sadržajne *općosti*. Previše partikulariziranja briše, na posljétku, razliku između mjere u pojedinačnome slučaju i opće norme; previše neodređenosti, npr. u određivanju državnih ciljeva; promiče proces “konstitucionalizacije” pravnoga poretka (v. gore) i otvara i egzekutivi i judikativi prostore za odmjeravanje ili prosuđivanje koji se teško mogu nadzirati (MacCormick, 1984.: 68 i d.). Isto kao u efektivnoj i stimulacijskoj upravi pojavljuje se ta neodređenost pri zakonskome ovlaštenju *planirajuće i usmjeravajuće* uprave, naime svuda gdje zakonodavac radi, umjesto s preciznim kondicionalnim programima, s općenitim i latentno političkim kompromisnim *finalnim programima*. Uprava tada “više nije, zapravo, izvršna vlast, nego instancija koja politički odlučuje” (Grimm, 1994.: 300). Pritom zaostaje pravna sigurnost.

(b) *Sigurnost*: Koliko god to zvuči paradoksalno, pravna je sigurnost, također, ugrožena što se više pravna država pretvara u *preventivnu državu*.

Ugrožavanja poprimaju različite oblike prema područjima, kao što to pokazuje usporedba rješenja u području unutarnje sigurnosti, npr. suzbijanja organiziranoga kriminala i, posebice, obrana od terorizma, s rješenjima u tehničkome i ekološkome pravu. Korak od tradicijskoga suzbijanja opasnosti u policijskome pravu s donekle predvidivim opasnostima radi što opsežnijega, pravovremenoga suzbijanja rizika ne rješava samo jasno opisana interventna činjenična stanja u korist maglovitih, poput općih klauzula prividnih činjeničnih stanja i “zakonskih patvorina” (Maus, 1986.: 277 i d.; Frankenberg, 2001.), nego oduzima, ponajprije, tlo sigurne primjene najznačajnijoj materijalnoj interventnoj ogradi: načelu razmjernosti (Denninger, 1996.: 160 i d.). U tehničkome i ekološkome pravu (Denninger, 1990.: bilješka 160 i d.) nužnost posve neizvjesnih i stalne revizije potrebnih *rizičnih graničnih vrijednosti* ne dovode samo do gubitka *određenosti* zakonske norme, koja se dodatno oslabljuje viškom (također “dinamičkih”) upozorenja, nego i do pravosuđem dopuštenoga⁹ preobražaja egzekutive u zapravo normativnu “gubernativu”, dok se legislativa svodi na akte “simboličke ekološke politike” (Hansjürgens/Lübbe-Wolff, 2000.).

Učinci ugrožavanja pravne države gomilaju se ako se susreću gledišta *raznolikosti* i tehnološke *prevencije rizika*. To je slučaj kad pluralističke neizvjesnosti etike, npr. *bio-etike*, prodiru u tehnički *novum*, npr. genske tehnike. Ovdje, kao i pri informacijskim i komunikacijskim tehnologijama, pravo zaostaje za tehničkim razvojem; pokušaji da se dođe do zakonskih, tj. općeprihvaćenih “rješenja” otežavaju ideološke, vjerske i emocionalne razlike.

(c) *Globalizacija*: Na posljétku, ne može se još govoriti ni o legitimnosti ni o normativnosti (upravljačkoj snazi) pravnodržavnih sustava normi tamo gdje *global players* svake vrste izmiču zahvatima državnog poretka i gdje su počeli djelovati prema svjets-

⁹ Za Njemačku usp. samo *BVerfGE* 49, 89, 139 i d.

kim privatnim režimima. Natuknice su *lex electronica*, *lex sportiva* i već višestoljetni *lex mercatoria*. U tim se područjima “događa djelotvorna samodestrukcija prava, koja jednostavno suspendira bitna temeljna načela prava nacionalne države: izvođenje valjanosti pravnih normi u hijerarhiji pravnih izvora, legitimacija prava politički postavljenim ustavom, uspostava prava parlamentarnim instancijama, osiguranje institucijama, postupcima i načelima pravne države te jamstvo individualnih prostora slobode politički izborenim temeljnim pravima” (Teubner, 2000.: 437 i d., 440).

Možda se u Europi s epohom nacionalnodržavne suverenosti neopozivo završava i pravna državnost u dosadašnjem razumijevanju (Denninger, 2000.: 1121 i d.). Tada će se morati razvijati drugi “funkcionalni ekvivalenti” ako se hoće očuvati i dalje razvijati Europa kao “*prostor slobode, sigurnosti i prava*”. Lord Ralf Dahrendorf nedavno je izrazio svoju zabrinutost zbog loše alternative “svijeta bez oslonca” neočekivanim riječima za jednoga velikog liberala: “Moramo graditi institucije” (Dahrendorf, 2001.: 10). *Rule of law* obilježava jedan kompleks takvih institucija. O tome skicirana *funkcionalna logika* “vladavine zakonima” potvrdit će se i u drugim okvirima odlučivanja i uopće se neće ograničiti na Europu.

Ne bi me, dakle, čudilo kad bi tada novi instrumenti umnogome bili, ipak, prilično slični starima.

S njemačkoga preveo

Tomislav Martinović

Literatura

- Allan, Trevor R.S., 1994.: *Law, Liberty, and Justice*, Oxford
- Bayertz, Kurt (ur.), 1998.: *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt am Main
- Beck, Ulrich, 1994.: Neonationalismus oder das Europa der Individuen, u: Beck, Ulrich / Beck-Gernsheim, Elisabeth (ur.), *Riskante Freiheiten*, Frankfurt am Main: 466-481
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 1978.: *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 1991.: *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 1991.: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main
- Bogdandy, Armin von, 2000.: *Gubernative Rechtsetzung*, Tübingen
- Dahrendorf, Ralf, Recht und Ordnung, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 271, 21. 11. 2001., 10
- Denninger, Erhard, 1988.: Der Präventions-Staat, *Kritische Justiz*, (21) 1: 1-15
- Denninger, Erhard, 1990.: *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden
- Denninger, Erhard, 1990.: *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht*, Baden-Baden
- Denninger, Erhard, 1994.: *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim
- Denninger, Erhard, 1995.: Verfassungsrecht und Solidarität, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (78), 1: 7-24
- Denninger, Erhard, 2001.: Polizeiaufgaben, u: Lisken, Hans / Denninger, Erhard (ur.), *Handbuch des Polizeirechts*, 3. izd., München
- Denninger, Erhard, 2000.: Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, *Juristenzeitung*, (55), 23: 1121-1126
- Dicey, Albert V., 1945.: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9. izd., ur. Wade, Emllyn C.S., London
- Fleiner-Gerster, Thomas, 1995.: *Allgemeine Staatslehre*, 2. izd.
- Frankenberg, Günter, 2001.: Alternativkommentar zum GG, Artikel 20 Abs. 1-3, u: Denninger, Erhard / Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schneider, Hans Peter / Stein, Ekkehart (ur.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 3. izd., Neuwied/Kriftel
- Frowein, Jochen A. / Peukert, Wolfgang, 1996.: *Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar*, 2. Aufl., Kehl/Strasbourg /Arlington
- Fuller, Lon F., 1969.: *The Morality of Law*, revised ed., New Haven
- Gerhard, Ute, 1999.: Menschenrechte – Frauenrechte – Unrechtserfahrungen von Frauen, u: Reuter, Hans-Richard (ur.), *Ethik der Menschenrechte*, Tübingen: 201-235
- Grimm, Dieter (ur.), 1990.: *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden
- Grimm, Dieter (ur.), 1994.: *Staatsaufgaben*, Baden-Baden
- Häberle, Peter, 1994.: *Europäische Rechtskultur*, Baden-Baden

- Hansjürgens, Bernd / Lübbe-Wolff, Gertrude (ur.), 2000.: *Symbolische Umweltpolitik*, Frankfurt am Main
- Hofmann, Rainer, Rechtsstaatsprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: Hofmann, Rainer / Marko, Joseph / Merli, Franz / Wiederin (ur.), 1996.: *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, Heidelberg
- Jellinek, Georg, 1927.: *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 4. Aufl., München/Leipzig
- Kant, Immanuel, 1964.: Zum ewigen Frieden, u: *Werke in sechs Bänden*, ur. Wilhelm Weischedel, sv. VI, Darmstadt: 193 – 251
- Lübbe-Wolff, Gertrude, 2000.: Verfassungsrechtliche Grenzen symbolischer Umweltpolitik, u: Hansjürgens, B./ Lübbe-Wolff, Gertrude (ur.), *Symbolische Umweltpolitik*, Frankfurt am Main: 217-238
- Lüderssen, Klaus, 1996.: *Genesis und Geltung in der Jurisprudenz*, Frankfurt am Main
- MacCormick, Neil, 1984.: Der Rechtsstaat und die rule of law, *Juristenzeitung*, (39) 2: 65-70
- MacCormick, Neil, 1999.: *Questioning Sovereignty*, Oxford
- MacKinnon, Catharine A., 1994.: *Nur Worte*, Frankfurt am Main
- Maus, Ingeborg, 1986.: Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen, u: Maus, Ingeborg, *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, München: 277-323
- Naucke, Wolfgang, 2000.: *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Baden-Baden
- Noll, Peter, 1973.: *Gesetzgebungslehre*, Reinbek
- Pascal, Blaise, 1950.: *Pensées*, u: *L'Oeuvre de Pascal*, ur. Jacques Chevalier, Paris
- Schneider, Peter, 1970.: *Recht und Macht*, Mainz
- Schuppert, Gunnar F. / Bumke, Christian, 2000.: *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden
- Teubner, Gunther, 2000.: Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?, u: Simon, Dieter / Weiss, Manfred (ur.), *Zur Autonomie des Individuums – Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden: 437-453
- Voigt, Alfred, 1948.: *Geschichte der Grundrechte*, Stuttgart
- Volkman, Uwe, 1998.: *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*, Tübingen
- Zippelius, Reinhold, 1999.: *Allgemeine Staatslehre*, 13. izd., München

Erhard Denninger

*COMPONENTS OF THE EUROPEAN LEGAL/STATE CULTURE AT
THE START OF THE 21ST CENTURY*

Summary

The author looks into the notion of *the rule of law* from the functional/logical, and not historical standpoint: he starts from the hypothesis that there is the functional logic of managing social behaviour and social developments by means of legal norms. This logic, with some preconditions, creates certain institutions. The recognition of members of a society as free and equal is the fundamental assumption. It means that government agencies have the right of independent action but are at the same time also disempowered. This requires the quality of laws to be evaluated on the basis of rationality and normativity. The second part of the text lists the institutional conditions for *the rule of law*: division of power, legal restrictions of all government institutions and independent judiciary. A guarantee of basic right must be included in these functional elements.

The author thinks that our future is to be marked by social pluralization, the need for security and the concurrent processes of globalization and individualization. These processes are surely going to affect the institutions of the state of law.

Key words: functional logic, legitimacy, normativity, state of law, rationality, rule of law, law



Mailing address: J. W. Goethe-Universität Frankfurt am Main, FB Rechtswissenschaft, Senckenbergeranlage 31, D-60325 Frankfurt am Main, Germany. E-mail: denninger@jur.uni-frankfurt.de